

HOE UITEINDELIJK OOK IN 'KRAMER VERSUS KRAMER' HET BELANG VAN HET KIND ZEGEVIERT

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck*

De juridische faculteit van de Universiteit van Tilburg is niet de enige die juridische filmavonden organiseert.¹ Ook de juridische faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam is in 2008 gestart met de organisatie van juridische filmavonden.² Een docent leidt de film in en bespreekt de juridische elementen uit de film. Na afloop van de vertoning wordt onder het genot van een borrel met de studenten nagepraat over de film. De herfsteditie 2008 bestond uit vier films.³ Zelf mocht ik deze editie openen met de inleiding van de indrukwekkende film 'Kramer versus Kramer' met sterke rollen van Dustin Hoffman als vader Ted Kramer, Meryl Streep als moeder Joanna Kramer en Justin Henry als hun minderjarig kind Billy Kramer. De film is uitgebracht op 19 december 1979 en geregisseerd door Robert Benton. Het thema van deze film is een echtscheidingsdrama: het geruzie over de vraag wie van de beide ex-echtgenoten met het gezag over hun minderjarig kind moet worden belast.

Ik had juist deze film ter vertoning aan de studenten uitgekozen, omdat de Eerste Kamer in het najaar van 2008 de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding⁴ plenair heeft behandeld. Het echtscheidingsrecht is dus zeer actueel. Afgezien van de afschaffing van de flitsscheiding – de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap, dat vervolgens met wederzijds goedvinden, dus zonder rechterlijke tussenkomst, wordt beëindigd – is de belangrijkste vernieuwing gelegen in de introductie van het verplichte ouderschapsplan (art. 815 leden 2 en 3 Rv). Nu is de Nederlandse situatie in zoverre niet met de Amerikaanse situatie in de film te vergelijken, dat in Nederland in beginsel het gezamenlijk gezag dat echtgenoten gedurende hun huwelijk over hun minderjarige kinderen uitoefenen (art. 1:251 lid 1 BW), na echtscheiding gewoon doorloopt (art. 1:251 lid 2 BW) en eenhoofdig gezag



slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk is (art. 1:251a BW), terwijl in Amerika – althans in de situatie van de film⁵ – na echtscheiding de ene ouder het gezag krijgt toegewezen en de andere ouder niet en de laatste dus met een omgangsrecht genoegen moet nemen.

In de nieuwe Nederlandse echtscheidingswet is de inhoud van het ouderlijk gezag aangescherpt, ongeacht of de ouders met elkaar zijn gehuwd, geregistreerd, samenwonen (met of zonder notarieel of onderhands samenlevingscontract) dan wel (feitelijk) zijn gescheiden. Vanuit het belang van het kind bezien mag het immers niet uitmaken of de relatie tussen de ouders al

dan niet is geformaliseerd in een huwelijk of een geregistreerd partnerschap dan wel de ouders (feitelijk) gescheiden leven. Zo omvat het ouderlijk gezag mede de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen (art. 1:247 lid 3 BW). Specifiek met het oog op de scheidingssituatie bepaalt de wetgever dat een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood (echtscheiding dus) of na scheiding van tafel en bed, na het beëindigen van het geregistreerd partnerschap⁶ of na het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel

1:252 lid 1 BW⁷ is geplaatst, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders behoudt (art. 1:247 lid 4 BW). Dat klinkt natuurlijk allemaal prachtig, maar hoe moeten gescheiden ouders een en ander realiseren als de ene ouder na de scheiding in Maastricht woont en de andere ouder in Den Helder? Dat zijn nu precies de 'praktische belemmeringen' waarop de wetgever doelt in artikel 1:247 lid 5 BW: ouders kunnen ter uitvoering van artikel 1:247 lid 4 BW in een overeenkomst of ouderschapsplan rekening houden met praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed, het beëindigen van het geregistreerd partnerschap of het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 1:252 lid 1 BW is geplaatst, echter uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.

Hierboven merkte ik al op dat in Nederland eenhoofdig gezag na (echt)scheiding tot de uitoefeningen behoort. Gezamenlijk gezag heeft de voorkeur boven eenhoofdig gezag, niet alleen in de visie van de Hoge Raad, maar ook in die van de wetgever. Laatstgenoemde heeft namelijk de constante jurisprudentie van de Hoge Raad van de

afgelopen tien jaren inzake het zogenaamde 'klem-criterium' gecodificeerd.⁸ Op grond van artikel 1:251a lid 1 BW en in afwijking van de hoofdregel van artikel 1:251 lid 2 BW kan de rechter na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed op verzoek van de ouders of van één van hen bepalen dat het gezag over een kind aan één ouder toekomt indien:

- a. er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet is te verwachten dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of
- b. wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

Het belang van het kind is de rode draad door het gehele personen- en familierecht heen. Dit beginsel vervult in het bijzonder in het gezags- en omgangsrecht een zeer belangrijke functie.⁹ Ook als in een later stadium na de echtscheiding een van de ouders omzetting van het gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag verzoekt op grond van gewijzigde omstandigheden of op grond van het feit dat indertijd bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, is artikel 1:251a lid 1 BW op grond van artikel 1:253n lid 2 BW van overeenkomstige toepassing, zodat ook

dan het belang van het kind een prominente plaats inneemt.

In 'Kramer versus Kramer' wint na veel onderling geruzie moeder Joanna Kramer de civiele procedure, die als inzet had of na de echtscheiding zij dan wel haar ex-echtgenoot Ted Kramer met het ouderlijk gezag over de minderjarige Billy zou moeten worden belast. De rechter wijst haar het eenhoofdig gezag over haar kind toe. Maar dan komt aan het eind van de film een door velen niet verwachte wending, want als Joanna na afloop van de door haar gewonnen rechtszaak haar zoon bij Ted komt ophalen, spreekt zij huilend, nadat Ted haar heeft gevraagd: 'Hi, what's up? Tell me. What? What's the matter?', de volgende legendarische woorden:

'I woke up this morning, kept thinking about Billy and I was thinking about him waking up in his room with his little clouds all around that I painted and I thought I should have painted clouds downtown because then he would think that he was waking up at home. I came here to take my son home. And I realized he already is home'.

En zo zegeviert uiteindelijk ook in 'Kramer versus Kramer' het belang van het kind, net zoals in het nieuwe Nederlandse echtscheidings-, gezags- en omgangsrecht!

* Prof. mr. A.J.M. Nuytink is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Radboud Universiteit Nijmegen

1 Zie voor de Tilburgse filmcyclus E.J.M.F.C. Broers, 'De roos en het recht', AA 2008, p. 856-857 (CAA20080856).

2 De facultaire filmcommissie in Rotterdam bestaat uit Siewert Lindenbergh, Heleen van Loon, Frank Smeele, Paul Tjiam en Mark van 't Westende. Zie www.frg.eur.nl/onderwijs/advies_en_studentenvoorzieningen/juridische_filmavonden/. De filmcommissie is bereikbaar via filmcommissie@frg.eur.nl.

3 Maandag 8 september 2008: 'Kramer versus Kramer', ingeleid door André Nuytink; maandag 6 oktober 2008: 'One day in Europe', ingeleid door Fabian Amtenbrink; maandag 17 november 2008: 'In the name of the father', ingeleid door Jolande uit Beijerse; maandag 1 december 2008: 'Judgment at Nuremberg', ingeleid door Nick Huls.

4 Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500, tot wij-

ziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding), die vermoedelijk op 1 maart 2009 in werking zal treden.

5 Mij is niet bekend of het echtscheidings-, gezags- en omgangsrecht op dit punt in alle Amerikaanse staten uniform is. Ik kan mij dit bijna niet voorstellen.

6 De wetgever bedoelt hier de gerechtelijke ontbinding van het geregistreerd partnerschap in de zin van art. 1:80c lid 1, aanhef en onder d, jo. art. 1:80e BW, omdat in geval van aanwezigheid van minderjarige kinderen het geregistreerd partnerschap niet langer met wederzijds goedvinden in de zin van art. 1:80c lid 1, aanhef en onder c, jo. art. 1:80d BW kan worden beëindigd; zie immers art. 1:80c lid 3 BW jo. art. 828 Rv. Overlegging van een ouderschapsplan ter gelegenheid van de indiening van het ontbindingsverzoek bij de rechtbank is verplicht op grond van art. 828 jo.

art. 815 leden 2 en 3 Rv.

7 Dit is de aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister ter griffie van de rechtbank (art. 1:244 BW). Ook samenwonende ouders die hun samenleving beëindigen en gezamenlijk het gezag over hun kind uitoefenen op grond van art. 1:252 lid 1 jo. art. 1:244 BW, zijn verplicht een ouderschapsplan op te stellen op grond van art. 1:247a BW. Doen zij dit niet, dan geldt de 'sanctie' van art. 1:253a lid 3, eerste volzin, BW, welke sanctie echter sterk wordt gerelativeerd in de tweede volzin van laatstgenoemde bepaling, waarin wederom het belang van het kind centraal staat.

8 Zie over deze jurisprudentie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytink, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 210.

9 Zie hierover uitgebreid A.J.M. Nuytink en J.J.M. Grapperhaus, 'Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles'', in het familie(vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind', AA 2008, p. 861-875, in het bijzonder paragraaf 2.5, p. 867-871 (CAA20080861).